



美国合同法中意思自治的限制 及对我国的启示

甘 勇

摘 要:美国法上对意思自治的限制主要有普通法上的限制和制定法上的限制。前者主要有:要求选择法律必须与合同或者当事人具有实质联系,不能违反本应适用法律所属国的基本政策,以及法院地的公共政策的限制;后者则区分不同的合同类型,以及不同的公共政策对当事人的意思自治进行限制。我国法律有关意思自治的规定,存在着在强制性规则、公共秩序的限制方面规定模糊的不足之处。我国法院在未来的法律解释中应该对这些问题注意解决。

关键词:意思自治;限制;美国法;《涉外民事关系法律适用法》

意思自治,是我国涉外合同法律适用的首要原则,是指涉外合同的当事人可以自己选择合同应该适用的法律。合同当事人的意思自治也受到一定程度的限制,这是国际私法理论与实践的共识。但对于意思自治应该受到的限制,各国国际私法立法、司法实践的做法并不一致(Noté,1957:553)。本文拟从美国国际私法理论和立法司法实践对意思自治原则在合同领域运用的限制进行研究,说明其优点和不足,在比较的基础上,对我国涉外民事关系法律适用法中有关合同法律适用的意思自治原则不足进行说明,并对未来司法实践中应该注意的问题提出自己的见解。

一、美国合同法律适用中意思自治的限制

美国的合同法律适用规则主要是针对州际冲突的合同法律规则,美国法院一般认为,除了极少的例外情况之外,这些州际的法律适用规则一般可以同样适用于国际案件。而国际案件的国际性对州际法律冲突规则包括合同法律适用规则并没有什么实质性影响。主要原因有三个方面:首先国际案件并没有影响法院在合同法律适用中受到的政府利益分析学说的影响;其次,宪法对冲突法的影响使得国际因素并不构成重要的因素;最后,各州在冲突法领域中的主权也使得合同冲突法规则的适用并不能完全统一(Mo Zhang,2006:514)。

(一)《第一次冲突法重述》的规定:拒绝承认意思自治

美国的司法实践最早在 1825 年就承认了意思自治原则,那时,这一原则被称为“当事人的意思”原则(the doctrine of the parties' intention)(Wayman,1825:48)。但是在起草第一次冲突法重述时,比尔教授却故意忽略了这一现实,因为他认为意思自治原则和他的按照属地的原则确定准据法的方法是不一致的。在他看来,给与当事人选择准据法的自由,就等于允许当事人自己立法。因此,比尔在第一次冲突法重述中关于合同的法律适用规则依然是合同的缔结地法规则,即适用合同缔结地的法律(Joseph Beale,1935:1079-81)。

在美国法律协会 1928 年的年会上,比尔教授坦率地承认他所确立的规则和美国大部

分的司法实践是背道而驰的,但是他认为这也是不可避免的,因为判例法本身也存在分歧。他辩论说,当事人意思自治也会导致不确定性,因为有时很难确定当事人真正的意思是什么。有人问到,如果合同当事人明白无误地(明示)选择合同准据法时,他认为在这种情况下当事人很可能是希望规避合同缔结地法的基本政策才这样做的;而进一步问到,要是合同没有规避任何基本政策时有如何? 比尔回答如果当事人选择了法律,就不可能不违反合同缔结地的公共政策,之所以有这个问题,只是因为人们还没有将所有的公共政策都加以明确(Symeon C., 1995: 515-516)。

尽管如此,大多数法院,包括现在仍然按照《第一次冲突法重述》裁判案件的法院都没有遵循重述对当事人意思自治的禁止规则。而《第二次冲突法重述》则明确采纳了意思自治原则,规定在第187条。

(二)《第二次冲突法重述》的规定:通过政策分析方法的对意思自治的限制

《第二次冲突法重述》关于合同当事人的意思自治限制主要通过下列方式来实现:一是要求当事人选择法律所属国具有地域上的联系,或者有其他理由;二是当事人选择法律的适用具有更大利益关切州的基本政策的限制,或者受到本应适用的准据法的实质限制;三是法院地的公共秩序的限制。前面两种限制通过第187条、第6条以及第188条规定实现,而后一种限制则通过重述第90条的规定来实现。

第187条直接规定了合同法律适用中当事人意思自治及其限制^①。该条将合同的法律问题区分为两类,一类是当事人可以通过明示的合同条款加以解决的问题,如与合同的解释、合同履行的条件、合同履行、以及免责事项等相关的问题;另一类问题是在合同当事人缔约权力(contract power)以外的问题,诸如合同当事人的缔约能力、合同的形式以及合同的实质有效性等问题。第187条第1节规定,对于第一类问题,当事人自己选择的法律不受任何地域或者实质上的限制。其官方评论解释该规则时指出,这一规定并不是冲突法条款,实质上是对当事人可以将外国法的规定纳入到其合同中成为其合同条款的承认,当事人既可以很具体的说明合同条款的内容,也可以将外国法中的条款纳入其合同之中,也可以纳入法律以外的惯例规则等,这种纳入显然是不受任何限制的^②。对于第二类问题,即当事人不能够通过协议解决的问题,第187条第2节规定了地域和实质限制。即,当事人选择的法律一般应该得到尊重,除非有下列情势:(1)当事人自己选择的法律和当事人或者交易不具有“实质性的联系”,并且当事人所选择的法律没有其他合理的基础;(2)适用当事人选择法律与其法律适用有更加实质性的利益(Materially greater interest)州的基本政策相违背,该“具有更加实质性利益的州”根据第188条,就是当事人没有选择法律时合同本来应该适用的法律。

在确定判断是否具有“实质性联系”的时候所要考虑的因素的时候,重述第6条^③所规定的法律选择政策原则具有指导作用。同时,为了更进一步明确判断实质性联系的因素,重述第188条又根据第6条的最密切联系原则确定了一系列的可以考虑的连接点,如:合同缔结地、合同谈判地、合同履行地、合同标的物所在地,以及合同当事人的住所、居所、国籍、成立地、营业所所在地等^④。显然,第6条所规定的都是一些政策因素,其基本的前提是认为冲突法规则是政策的产物,所有这些政策都需要由法院在实

①Section 187 provides:

1. The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied if the particular issue is one which the parties could have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue.

2. The Law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either (a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice, or (b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of § 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.

3. In the absence of a contrary indication of intention, the reference is to the local law of the state of the chosen law.

②Restatement Second of Conflict of Laws § 187, cmt. c.

③Restatement Second section 6 provides the following factors: (c) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law. (d) when there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include: (e) the needs of the interstate and international systems, (f) the relevant policies of the forum, (g) the relevant policies of other interested states and the relative interests of the those states in the determination of the particular issue, (h) the protection of justified expectations, (i) the basic policies underlying the particular field of law, (j) certainty, predictability and uniformity of result, and (k) ease in the determination and application of the law to be applied.

④RESTATEMENT SECOND OF CONFLICT OF LAWS § 188.

际法律适用过程中进一步明确,一方面法院要考虑到所有适当的因素从而确定其地位,另一方面,当事人的意思自治选法则在最密切联系和合理基础的限制下,受到了政策分析的影响。而且,根据第6条,美国法院不仅要考虑法院地的政策,还要考虑其他利益相关州的政策,以及特定法律背后的政策。由于所有这些相关的政策可能指向的法律并不相同,在这种情况下,应该如何处理,不得而知。正因为如此,《第二次冲突法重述》被有的学者批评为既在某些方面非常呆板,又在某些方面太过抽象(Lea Brilmayer & Jack Goldsmith, 2004: 216-217)。

第187条对意思自治还规定了在公共政策上的限制,这种公共政策上限制被称为“基本政策”(Fundamental Policy)以区别于第90条规定的公共政策(public policy)。在考虑基本政策时,第187条考虑了三个不同地方的公共政策,即法院地的公共政策、当事人选择法律所属州的公共政策以及对法律适用于案件具有更大利益州的公共政策。根据该条的规定,当事人选择的法律不能和实质上比当事人选择的州具有更大利益州的基本政策相违背,这一实质上具有更大利益的州是在当事人没有选择准据法的时候根据第188条就是合同本来应该适用的法律所属州。而对于什么样的政策构成了“基本政策”,重述没有进行定义,但是在其评论中举例说明包含这种基本政策的法律,如规定某些合同是非法的成文法,或者为了保护一方当事人免于另一方压迫性使用其谈判优势的法律,比如保护被保险人的法律,以及不体现这种基本政策的规则,如防止欺诈规则,以及一般合同法关于约因的规则,就不属于基本政策^①。最后,在适用基本政策时,按照重述的规定,美国法院还需要分析外州(国)法律的基本政策。正因为如此,有人认为美国法院在进行第187条的基本政策分析的时候,需要分析外州的政策,加重了司法的负担,而这种分析在国际案件中显然是不现实的。

根据《第二次冲突法重述》第187条规定进行公共政策分析的步骤可以从 *Hodas v. Morin* 案(Mass., 2004: 323)中看出。在该案之中,一对康涅狄克州的夫妇和一对纽约州的夫妇达成了代孕协议,由后者为前者代孕。代孕协议的法律选择条款规定马赛诸塞州的法律适用于合同。根据协议的规定,代孕的婴儿将在马赛诸塞州的医院出生,出生的婴儿将是生物父母的孩子。生物父母在马赛诸塞州的法院提起确认之诉,请求确认其父母权并申请一项婴儿出生前的命令以确立他们对孩子的监护权。生物父母的请求被家事法院驳回后,当事人上诉到马赛诸塞州最高法院,后者废弃初审判决,发回重审。

在这桩案件中,涉及到三个州,每个州对代孕协议的规定都不一致。康涅狄克州没有明文禁止代孕协议,马赛诸塞州承认代孕协议并在符合特定条件的情况,确认这一协议的效力,而纽约州的法律则强烈反对这种代孕协议。考虑到三个州不同的法律政策以及当事人协议选择马赛诸塞州法律,法院根据第187条第2款进行两步分析,即实质联系的分析 and 基本政策的分析。在分析第一层限制时,法院认为马赛诸塞州与交易之间具有实质性的联系,因为根据这一协议,马赛诸塞州是当事人选定的婴儿分娩、出生证签发和生育前护理进行的地方。

在进行基本政策分析时,法院考察了纽约和康涅狄克州的政策,这两个州都具有实质和重要的利益,而且相互冲突。法院还认为,由于合同缔结地、合同谈判地、合同标的物所在地的确定困难,纽约州的政策不能够优先于当事人的选择的法律,因为纽约州法并不一定是当事人如果没有选择时合同应该适用的法律。这一案件显示了法院是如何援用公共政策来解决合同法律选择问题的。尽管纽约州的政策是禁止代孕协议的,但是法院认为纽约州与案件没有实质性的联系,从而纽约州的公共政策不能适用。

《第二次冲突法重述》第187条公共政策(或者说基本政策)的规定采用的是本应适用准据法的限制,而第90条^②规定的则是法院地的公共秩序对于当事人选择法律的限制,这种限制被称为“传统的公共秩序的限制”(traditional *ordre public* test)(Symeon C., 518)。在传统的公共秩序保留的例外下,法院地的公共秩序是外国法适用的最后的屏障,不论外国法是当事人选择还是通过其他方式确定的,都可以因为违反法院地的公共秩序而排除。但是法院地公共政策例外的适用范围是非常窄的。理论上来说,

^①Restatement Second of Conflict of Laws § 187, cmt. g.

^②See § 90 of Restatement Second of Conflict of Laws. It reads: no action will entertained on a foreign cause of action the enforcement of which is contrary to the strong public policy of the forum.

这一最后屏障对于现代法院还是可以援用的。但是正如卡多佐法官所确立的标准,这种最后的屏障只有在外国法对于法院地的公正观念是“令人震惊”(shocking)的违反时,才能援用(Loucks V, 1918: 201-202)。显然,正是因为《第二次冲突法重述》承认这种传统的公共秩序与限制意思自治的公共政策例外在程度上的区别,才会导致其在第90条的规定之外,还在第187条又规定了具有更大利益州的基本政策的限制。而一项政策要构成第187条所规定的基本政策,并不需要构成第90条所规定的“公共秩序”那么高的要求^①。

(三) 美国《统一商法典》的规定:通过类型区分方法对意思自治进行限制

美国《统一商法典》^②第1-301节规定:“如果一项交易与法院地州,以及另外的州或者国家具有合理的联系,交易当事人可以约定该法院地州的法律或者其他州或者国家的法律可以支配其权力和义务。”^③显然,根据这一规定,当事人所选择法律所属的州和国家与交易具有合理联系时允许当事人选择法律的明示条件。如果严格按照字面意义来解释,这条规定要求如果当事人要选择合同应该适用的法律,必须要该交易同时与被选择的法律所属州和法院地州都具有合理的联系。但是,学者们认为这种严格的字面解释显然是和《统一商法典》对意思自治的宽容精神违背的。交易与法院地没有合理联系可能在不方便法院原则的分析中是应该考虑的因素,但却绝不会成为排除当事人选择一个与交易有联系的另一国家法律的理由。但是,这种明显错误的措辞居然在美国《统一商法典》历经9次修订后依然保留,唯一的原因就是法院可能从来没有认真对待这一条款(Symeon C., 520)。

虽然第1-301条规定字面上并没有区分当事人意思自治选择合同的准据法和直接将外国法纳入到合同中两种不同的方式,其官方评论则对此进行了区分,官方评论第1条和2条规定当事人可以自由通过纳入将没有合理联系的州的法律,甚至以国际惯例取代《统一商法典》中的任意性规定^④。

根据第1-301条的第a款,当事人意思自治受同条第c款规定的例外规定的约束。第c款列举了《统一商法典》的其他相关规定,并规定,如果这些条款指定了准据法所属国,则该准据法应该适用,而当事人与此相反的协议只在法律限制的范围内有效^⑤。但是第1-301条并没有一般规定公共秩序的限制。由于美国几乎所有的州都采用了《统一商法典》,这使得规定公共秩序显得并不是太必要,但是,有些国际合同案件也适用《统一商法典》,这种情况下,公共秩序显然是必要的,另外,即使美国各州之间在适用《统一商法典》上也不是完全一致的。因此有些法院在适用《统一商法典》时,也对当事人的意思自治施以公共政策的限制。

2001年美国《统一商法典》编撰委员会对第1-301条进行了大幅修改,此次修正对罗马公约有大幅参照,并引入了欧盟法上的强制性规则的概念,同时还对消费者合同与商业合同、国际合同和美国国内的州际合同进行了区分,并对这些不同类型的合同当事人的意思自治规定了限制(J. Graves, 2005: 60)。

和之前的《统一商法典》的规定的最大不同是,修正案删除了当事人协议选择的法律必须是具有“合理联系”(reasonable relation)的法律,一般为当事人的意思自治提供更大的限制^⑥。但是,根据1-301条,这种当事人更大限度的意思自治,还要受到保护消费者利益和基本公共政策的限制,这种限制包括三个方面。首先,根据第1-301(e)(1)的规定,如果交易的一方当事人是消费者,双方当事人选择的法律必须是与交易具有合理的联系。因此,根据第1-301条规定不再需要受到“实际联系”限制的当事人意思自治仅限于商人对商人的交易。其次,第1-301条区分了国际交易和纯粹国内的涉外交易。在一个纯粹国内的涉外交易中,当事人可以选择任何州的法律,但是不能选择外国的法律^⑦。但是在国际交易

① Restatement (Second), Conflict of Laws § 187 cmt. g.

② 美国的《统一商法典》是成文法,而《第二次冲突法重述》是普通法规则的汇集,所以在适用时,《统一商法典》在其适用范围内优先于《第二次冲突法重述》适用。

③ UCC § 1-301(a).

④ See UCC § 1-301 cmt. 1, § 1-302 cmt.

⑤ UCC § 1-301(c). 该条所列举的条款包括:第2-402条,第2A-105条及2A-106条,第4-102条,第4A-507条,第9-301至9-307条等。

⑥ See U. C. C. § 1-301 cmt. (2003).

⑦ See U. C. C. § 1-301 cmt. § 4.

的情形下,交易不需要和当事人选定的法律所属国家之间具有任何关系^①。第三是公共政策的例外。根据第 1-301(f)的规定,如果合同当事人选择的法律与合同本应适用的法律所属国家或者州的基本政策相违背,这一法律选择无效。根据这一规定,美国法院如果要适用当事人选择的法律,还需要审查相关国家或者州的公共政策才能确定是否适用该法律。

遗憾的是,这一修正案显然不受美国大多数的欢迎,到 2008 年为止由于只有美国的维尔京群岛采纳了这一修正案,最后美国《统一商法典》委员会不得不撤回了这一修正案。更进一步凸显了美国对意思自治限制的传统方法在美国法实际上的根深蒂固。

二、我国合同选法中意思自治的限制

我国有关合同法律适用意思自治的规定主要表现在《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(后文简称《法律适用法》)、《中华人民共和国合同法》(后文简称《合同法》)、《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》(后文简称 2007 年司法解释)。根据上述的法律和司法解释,我国法律关于合同当事人意思自治限制的规定可以概括如下。

首先,强制性规则对当事人意思自治的限制。我国《法律适用法》第 4 条规定“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的,直接适用该强制性规定。”显然这里的强制性规则,仅限于作为法院地的我国的强制性规则,对于与案件或者所涉及合同有密切联系的国家的强制性规则,或者当事人如果没有选择法律时本来应该适用的法律所属国家的强制性规则,即使当事人选择的法律与这个(些)国家的强制性规则相违背,也不会因此否定当事人之间的协议选择法律。这种规定,和美国法的相关规定相比较,既有规范过渡又有规范不足的问题。就规范不足而言,显然,我国的法律忽略了本应该适用的法律所属国家的强制性规则,这样容易导致选择我国法律的涉外合同,尤其是那些其他因素都集中定位于另一个国家的涉外合同,在我国法院诉讼时,即使该合同违反了其他因素集中定位的另一个国家的强制性规定,也不会被宣布为无效。这样,使得当事人容易利用选择我国法律和法院来规避其他国家的强制性规定^②。规范过渡的地方在于,只要我国法律对涉外民事关系有强制性规定,就应该适用,不管该涉外关系与我国是否具有联系或者实质性联系等条件,容易肇至在实践中强制性规定的不适当适用。

其次,公共秩序保留制度的限制。我国《法律适用法》第 5 条规定:“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的,适用中华人民共和国法律。”法院地的公共秩序,正如卡多佐法官所言,必须是在作为准据法的外国法的规定对于法院地的公正观念是令人震惊(shocking)的违反时,才能得到适用;而《罗马条例 I》关于公共秩序保留制度的第 21 条则规定,法院地的公共秩序只有在被明确违反时,才可以排除包括合同当事人通过意思自治选定的外国法。换句话说,法院地的公共秩序适用的条件应该是相当严格的,其适用条件要比强制性规则的适用条件更加严格。这也是为什么《第二次冲突法重述》在第 90 条规定了法院地的公共秩序(Order public)后,还在第 187 条又规定了基本政策(Fundamental policy)。比较美国的规定和实践,显然我国的公共秩序制度的规定过于模糊,适用条件不明确,在立法上有着类型化程度不足,法律适用不确定性较大,这不利于公共秩序保留制度的适当适用。

第三,我国合同法律选择中意思自治的限制和美国《统一商法典》的修正案相比,有一个区别在于特殊合同的意思自治上面。我国法律虽然也本着保护合同弱方当事人利益的目的对合同进行了类型化,对特殊合同如消费者合同与雇佣合同进行了专门的规定,但是根本上取消了这类合同当事人之间通过意思自治选择法律的权力,直接规定了确定准据法的连接点。如《法律适用法》第 42 条规定:“消费者合同,适用消费者经常居所地法律;消费者选择适用商品、服务提供地法律或者经营者在消费者经常居所地没有从事相关经营活动的,适用商品、服务提供地法律。”第 43 条的规定:“劳动合同,适用劳动者工作地法律;难以确定劳动者工作地的,适用用人单位主营业地法律。劳务派遣,可以适用劳务派遣地法

^①See U. C. C. § 1-301 cmt. § 5.

^②尤其是考虑到我国民事诉讼法及相关司法解释的规定,涉外商事合同的当事人选择我国法院作为管辖法院的,即使该合同和我国没有任何关系,我国法院也应该根据该法院选择条款对案件行使管辖权,不能以不方便法院原则拒绝管辖。

律。”这样规定的目的当然可以防止缔约强势一方将不利的法律选择条款强加给弱势一方的,提供给弱势一方最为基本的保护。但是上述规定完全剥夺当事人之间约定法律选择条款的权力,实际上也否定了当事人之间约定更好地保护消费者或者雇员法律的可能性。

三、结 论

总体而言,我国关于意思自治原则的限制性规定,总体上规定较为原则模糊,和美国普通法与成文法对意思自治的限制规定以及《罗马条例 I》的相关规定相比,和美国法的规定更加类似。这种规定,既有优点亦有不足。我国冲突法对当事人选择法律范围不作任何限制,不要求有实质性联系或者适当的理由,充分尊重当事人意思自治,是其优越之处。我国法律虽然也对合同做类型区分,就意思自治进行限制,但完全取消消费者合同和劳动合同当事人选择准据法的自由,则并不适当。而无论是公共秩序保留,还是强制性规则,其类型既不做分类,其适用条件亦相当模糊,给与法官以极大的自由裁量权。无疑增加了法律的不确定性,和错误不当使用的可能性。笔者认为,我国未来的司法实践中,法院应该从上述几个方面总结实践经验,发展法律,对相关法律规定做出更加明确的解释和适用,发展出更为细致的规则。

参考文献:

- [1] J. Graves(2005). Party Autonomy in Choice of Commercial Law: The Failure of Revised U. C. C. 1-301 and a Proposal for a Broader Reform, Seton Hall L. Rev. 36.
- [2] Joseph Beale(1935). The Conflict of Laws.
- [3] Lea Brilmayer & Jack Goldsmith(1995). Conflict of Laws: Cases and Materials.
- [4] Loucks v. Standard Oil CO. of New York, 120 N. E. (N. Y. 1918).
- [5] Mo Zhang(2006). *Party Autonomy and Beyond: Contractual Choice of Law*, Emory International Law Review 20.
- [6] Note, Conflict of Laws(1957). “Party Autonomy” in Contracts, Columbia Law Review 57.
- [7] Symeon C. Symeonides(1995). *Party Autonomy in Rome I and II from A Comparative Perspective*, K. Boele-Woelki & others (eds.), Convergence and Divergence in Private International Law-Liber Amicorum Kurt Siehr.
- [8] Wayman v(1825). Southard, U. S. (10 Wheat.) 23.

Restrictions on Party Autonomy in Contract Choice of Law under U. S. Laws and Implications to China

Gan Yong (Associate Professor, Wuhan University)

Abstract: The restrictions on party autonomy can be classified into two categories: one is restrictions based on common law, the other statutory restrictions. The former requires the real and substantial connections between chosen law and the contract and parties, not violating the fundamental policy of the country of otherwise applicable law without choice, or public policy of the forum law; the latter is imposed by distinguishing the types of contracts and public policy. The restrictions on party autonomy under Chinese law find ambiguity in terms of mandatory rules and public policy and should be heeded and resolved in judicial practice by Chinese courts.

Key words: party autonomy; restrictions; U. S. laws; *Law on the Applicable laws of Foreign-related Relationships*

■ 作者简介: 甘 勇, 武汉大学法学院副教授, 法学博士; 湖北 武汉 430072。Email: ganyong@whu.edu.cn。

■ 基金项目: 国家社会科学基金项目(11WFX001)

■ 责任编辑: 车 英